

1.5. Obligaciones y contratos

Responsabilidad por las cantidades anticipadas
o entregadas a cuenta en la compraventa
de viviendas en construcción

*Responsibility for amounts advanced
or delivered on account in the sale of homes
under construction*

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
*Profesora Doctora en Derecho civil
Universidad de La Rioja*

RESUMEN: En este trabajo se analizará el régimen de la responsabilidad por las cantidades entregadas de modo anticipado por el comprador adquirente de viviendas en construcción. Partiendo de un análisis de las normas aplicables, se estudiarán y concretarán las obligaciones del promotor-vendedor y las notas que caracterizan la responsabilidad de este, del asegurador, del avalista y de la entidad de crédito depositaria de esas cantidades anticipadas. Todo ello fundamentalmente atendiendo a la doctrina del Tribunal Supremo dictada en los últimos años acerca de este especial régimen tuitivo del comprador previsto en España.

ABSTRACT: In this work, it will be analyzed the responsibility regime for the amounts delivered in advance by the purchaser of homes under construction. Starting from an analysis of the applicable norms, the obligations of the promoter-seller and the notes that characterize the responsibility of the latter, the insurer, the guarantor and the depository credit institution of these anticipated amounts will be studied and specified. All this fundamentally in accordance with the doctrine of the Supreme Court issued in recent years about this special buyer protection regime provided in Spain.

PALABRAS CLAVE: Aval. Compraventa sobre plano. Cantidades anticipadas. Entidad bancaria. Responsabilidad. Seguro.

KEY WORDS: Guarantee. Sale on plan. Advanced amounts. Bank. Responsibility. Insurance.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. GARANTÍAS EN RELACIÓN CON LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN EL MARCO DE LA COMPRAVENTA DE VIVIENDAS: 1. DE LA LEY 57/1968 A LA LEY 38/1999, TRAS SU REFORMA POR LA

LEY 20/2015. 2. OBLIGACIONES DEL PROMOTOR. 3. EL SEGURO DE CAUCIÓN. 4. EL AVAL. 5. LA CUENTA ESPECIAL BANCARIA.—III. CANCELACIÓN Y CADUCIDAD DE LA GARANTÍA.—IV. INCUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR: 1. PRÓRROGA DEL CONTRATO Y DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA: ¿PRÓRROGA DE LA GARANTÍA? 2. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: EL RETRASO DEL PROMOTOR.—V. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA Y DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS: 1. EJECUCIÓN DEL SEGURO Y RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA. 2. EJECUCIÓN DEL AVAL Y RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD AVALISTA. 3. PÓLIZAS COLECTIVAS DE SEGURO O AVAL. 4. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN A LA ASEGURADORA Y A LA ENTIDAD AVALISTA.—VI. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD BANCARIA DEPOSITARIA DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS.—VII. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Ya desde hace años se ha convertido y consolidado una práctica generalizada en el marco de la compraventa de viviendas en construcción o efectuadas sobre plano o a la vista de un plano: la entrega por los compradores en el momento de esa compra de unas cantidades económicas a modo de anticipo, así como, normalmente también, el pago de distintas cantidades en distintos momentos durante la ejecución de la obra.

Estas cantidades las exigen los promotores como mecanismo para así poder ir financiando esa construcción.

Y en este marco uno de los principales miedos que tienen los adquirentes y compradores de viviendas en construcción o sobre plano es la viabilidad efectiva de esa compra a futuro: ¿se cumplirá por el promotor y vendedor con lo estipulado? ¿les entregarán a tiempo y en perfectas condiciones esa vivienda comprada? Y, si no es así, ¿qué sucederá con esas cantidades que han debido entregar de modo anticipado en el momento de la firma del contrato o durante el desarrollo de la ejecución de la obra? ¿podrán recuperarlas si no reciben la vivienda finalmente?

Estas cuestiones, junto con la alarma generada entre la opinión pública ante determinadas situaciones surgidas en el ámbito de estas compraventas con respecto a esa práctica ya consolidada de entregar anticipadamente unas cantidades económicas por exigencia del promotor antes del inicio de las obras o durante la construcción, fueron la principal razón de la aprobación de una ley específica al respecto: la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Precisamente la exposición de motivos de esta Ley indicaba ya cómo se habían producido reiteradamente abusos que generaban esa alarma social, constituyendo de una parte «grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos»; ello obligó «a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que esta no se lleve a efecto».

Con este trabajo se pretende analizar y concretar las previsiones tanto legales como en el marco de la jurisprudencia más actualizada sobre la responsabilidad existente con respecto a esas cantidades anticipadas en las compraventas de viviendas en construcción: qué obligaciones tiene el promotor, qué garantías

se prevén para los adquirentes, qué exigencias se imponen de cara a exigir la devolución de esas cantidades y quiénes son responsables de esa devolución.

En un primer momento, atenderé a las previsiones legales sobre esa práctica de pagos anticipados a la firma del contrato de compraventa y durante la construcción de la vivienda adquirida; previsiones iniciales de la Ley 57/1968 y las actuales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación en relación a las obligaciones del promotor, las garantías exigidas, la cancelación y ejecución de estas... Posteriormente, para cerrar este trabajo, se analizarán más específicamente las responsabilidades de los garantes y, especialmente, de la entidad bancaria avalista o de la depositaria de las cantidades entregadas a cuenta; una responsabilidad esta sobre la que el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente en los últimos años, si bien, por circunstancias temporales del caso objeto de litigio, la norma de referencia era la Ley 57/1968 (cuestión que, dada la similitud regulatoria con el régimen previsto actualmente en la Ley 38/1999, no impide que esa doctrina jurisprudencial pueda ser aplicada y tenida en cuenta para casos futuros en los que la norma a aplicar sea esta última, con las matizaciones o interpretaciones oportunas, tal y como se indicará en este trabajo).

II. GARANTÍAS EN RELACIÓN CON LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN EL MARCO DE LA COMPRAVENTA DE VIVIENDAS

1. DE LA LEY 57/1968 A LA LEY 38/1999, TRAS SU REFORMA POR LA LEY 20/2015

Con la ya citada Ley 57/1968, como he indicado antes, se acogió la regulación general¹ legal expresa de la práctica, las garantías y la responsabilidad de diversos agentes con respecto a las cantidades anticipadas entregadas en las compraventas de viviendas en construcción²; determinando el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos a los adquirentes de las viviendas en construcción (art. 7 de la Ley 57/1968).

En esta Ley se preveía que en el caso de la construcción de viviendas que no fueran de protección oficial³ destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o temporal, los promotores (fueran personas físicas o jurídicas) si quisieran obtener entregas anticipadas de dinero deberían cumplir con dos condiciones (art. 1 de la Ley 57/1968):

a) Garantizar la devolución de las cantidades entregadas por los adquirentes, más el 6% de interés anual, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido. Esta garantía podría constituirse mediante contrato de seguro o por aval solidario bancario.

b) «Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos de la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior».

Asimismo, en los contratos de cesión o compraventa de las viviendas en los que se prevea esa entrega de cantidades anticipadas se debería hacer constar expresamente (art. 2 de la Ley 57/1968):

i) esa obligación del promotor de devolver esas cantidades entregadas más el 6% de interés anual por falta de cumplimiento del plazo de inicio o de finalización de la obra o no obtención de la cédula de habitabilidad;

ii) referencia al aval o seguro suscrito como garantía de lo anterior (en el momento de la firma del contrato se entregará, además, al adquirente el documento que acredite esa garantía);

iii) y designación de la entidad bancaria y de la cuenta a través de la que se han de entregar las cantidades anticipadas acordadas como consecuencia de la celebración del contrato.

Si se entregase cédula de habitabilidad, conforme advierte el artículo 4 de la Ley 57/1968, esas garantías constituidas (aval o seguro) se cancelarían. Pero si habiendo transcurrido el plazo de inicio o fin de la obra y esta, respectivamente, no se hubiera iniciado o no hubiera finalizado, el adquirente entonces podrá optar por (art. 3 de la Ley 57/1968): a) rescindir el contrato y exigir la devolución de las cantidades entregadas a cuenta más el 6% de interés anual (a tales efectos, el seguro o aval, junto con el documento fehaciente de que no se han iniciado las obras o no se ha entregado en plazo la vivienda, tendrá carácter ejecutivo procesal); o b) conceder una prórroga al promotor para continuar con la construcción de la vivienda (prórroga que se hará constar en el contrato como cláusula adicional, con indicación del nuevo plazo previsto para la entrega de la vivienda).

Con posterioridad a esta Ley 57/1968 se aprobó la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (en adelante, LOE) con el objetivo de regular distintos aspectos del proceso de edificación, y particularmente las obligaciones y responsabilidades de los distintos agentes intervinientes en dicho proceso y las garantías ante posibles daños que pueda sufrir la edificación bajo distintos plazos y criterios. Pero también en su disposición adicional primera se dio cobertura legal a ciertas previsiones sobre la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción.

En esta disposición adicional primera de la LOE solo se preveía la suscripción de un seguro como garantía de la devolución de esas cantidades ante el incumplimiento del contrato, no haciendo referencia a la posibilidad de un aval bancario como garantía; aunque en la práctica, al no derogarse la Ley 57/1968, se seguía admitiendo y constituyéndose ese aval como medio de garantía en estas situaciones.

Con la LOE inicialmente no se derogaba la Ley 57/1968, sino que, por el contrario, se hacía referencia expresa a esta como norma de referencia y de aplicación con ciertas modificaciones: determinando su aplicación a la promoción de toda clase de viviendas (incluso las realizadas en régimen de sociedad cooperativa o comunidad de propietarios⁴); previendo la extensión de la garantía prevista en esa Ley 57/1968 a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley de 1968; y sustituyendo la previsión de unos intereses del 6% anual por simplemente el interés legal del dinero, a acompañar a esa devolución de las cantidades anticipadas garantizadas ante el incumplimiento del promotor.

Pero en 2015, con la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, a través de su disposición final tercera, se modificó ampliamente esa disposición adicional primera de la LOE y se introdujo una nueva disposición derogatoria en la LOE, derogando expresamente la Ley 57/1968 y su normativa de desarrollo (concretamente: el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas; y la Orden de 29 de

noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas, en lo que pudiera estar en vigor). Con la nueva redacción de esa disposición adicional primera (que entró en vigor el 1 de enero de 2016) ya se acoge en la LOE la regulación que la derogada Ley 57/1968 preveía respecto a las cantidades anticipadas o entregadas a cuenta del precio durante la construcción de viviendas (aunque con algunas modificaciones), concentrando ya así las previsiones legales en una única norma: la disposición adicional primera de la LOE⁵.

A continuación en los siguientes apartados iré analizando las específicas previsiones que en el marco de la LOE en su disposición adicional primera acoge sobre el régimen de las cantidades anticipadas entregadas en las adquisiciones de viviendas en construcción: obligaciones del promotor, el seguro de caución y el aval bancario, la cuenta especial de depósito de cantidades, efectos del incumplimiento del promotor (ejecución de la garantía, prórroga o resolución del contrato), cancelación de las garantías... Previsiones en gran medida similares a las ya acogidas en la Ley 57/1968⁶, antes indicadas, pero incorporando unas modificaciones que, como señala ESTRUCH ESTRUCH, realmente han supuesto una reducción de los derechos de los compradores, tal y como se había ido reconociendo por el Tribunal Supremo en interpretación y aplicación de la Ley 57/1968⁷. Así, como señala este autor⁸:

a) el aval y la póliza de caución ya no tienen la consideración de título ejecutivo junto con el documento acreditativo del incumplimiento del promotor;

b) si se pretende garantizar las cantidades entregadas anticipadamente mediante un seguro de caución, se exige la suscripción de una póliza de seguro individual por cada adquirente, mientras que el Tribunal Supremo venía admitiendo la garantía a través de pólizas o avales colectivos (SSTS de 24 de octubre de 2016, de 22 de abril de 2016 y de 23 de septiembre de 2015);

c) ahora solo se prevé la garantía de la devolución de cantidades entregadas anticipadamente «desde la obtención de la licencia de edificación», mientras que el artículo 1 de la Ley 57/1968 no contemplaba esa limitación temporal, refiriéndose a toda cantidad entregada de modo anticipado (aunque más que limitación de derechos, entiendo que lo que se está previendo es el momento temporal de inicio de la obligación de garantizar, sin restringir su objeto ni que solo las cantidades que se entreguen tras la concesión de esa licencia sean las garantizadas);

d) y además se elimina la referencia que existía en el artículo 7 de la Ley 57/1968 a que los derechos reconocidos por esa norma a los adquirentes de esas viviendas en construcción tenían el carácter de irrenunciables.

Otra diferencia destacable entre ambas normativas citadas de 1968 y de 1999 (con la redacción de 2015) es que con la nueva norma no se precisa el destino de la vivienda que se va a construir y respecto de la que se prevé esa protección y garantía de las cantidades anticipadas; no importa incluso que sea vivienda de protección oficial. Sin embargo, en la Ley 57/1968 se indicaba expresamente que la vivienda debía destinarse a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente, temporal, circunstancial o accidental; y, además, se excluían las viviendas de protección oficial⁹.

2. OBLIGACIONES DEL PROMOTOR

En aquellos casos en los que el promotor (sea persona física o jurídica) de la construcción de una vivienda (de cualquier clase, incluidas las que se realicen en

régimen de comunidad de propietarios o de sociedad cooperativa) pretenda exigir el pago anticipado de ciertas cantidades de dinero con antelación a la entrega de la vivienda, para así financiar esa construcción, tal promotor, conforme advierte la LOE en su disposición adicional primera, deberá cumplir con estas obligaciones:

a) Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de esas cantidades entregadas, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero, para el caso de que ese promotor incumpla el contrato suscrito, sea porque no se inicie la construcción, sea porque no llegue a entregarse la vivienda en el plazo convenido. Esta garantía podrá prestarse, a opción del promotor, bien a través de un contrato de seguro de caución, suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas. Sobre estas garantías profundizaré en los dos siguientes apartados.

Sobre esta obligación, el Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 20 de enero de 2015, de 30 de abril de 2015, de 12 de julio de 2016, de 2 de febrero de 2017 y de 15 de noviembre de 2017) sostiene que es una obligación principal y esencial, no meramente accesorio, mientras la vivienda no esté terminada de modo que ante su incumplimiento el adquirente podrá resolver el contrato (*cf.* art. 1124 CC) o exigir la constitución de la garantía o, incluso, impedir al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio. Ahora bien, también se ha advertido por nuestro Alto Tribunal que esa obligación del promotor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores «constituye una obligación esencial mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada» (STS de 2 de febrero de 2017, entre otras); es decir, una vez finalizada la obra y puesta la vivienda a disposición del adquirente, requiriéndole del otorgamiento de escritura pública, la falta de constitución previa y en su momento de las garantías legales exigidas no puede ser causa de resolución del contrato.

Asimismo, la STS de 4 de julio de 2017 declaró que «los intereses que deben restituirse legalmente son remuneratorios de las cantidades entregadas y, por tanto, serían exigibles desde su entrega» (en sentido similar, STS de 20 de noviembre de 2019).

b) Por otro lado, deberán percibir a través de entidades de crédito las cantidades anticipadas entregadas por los adquirentes. Esas cantidades en todo caso (incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa) se depositarán en esas entidades en una cuenta especial, separada de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor; de este modo se busca que no exista ningún riesgo de confusión en cantidades y patrimonios relacionados con el promotor, dejando bien separadas las cantidades objeto de garantía especial por la LOE. Además, solo podrá el promotor disponer de esas cantidades para atender a las necesidades derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la constitución por el promotor de la garantía a que he hecho referencia antes: seguro de caución o aval bancario. Precisamente este último inciso de «bajo su responsabilidad» ha servido, como se verá *ut infra*, de fundamento para el Tribunal Supremo en muchas de sus sentencias de cara a determinar la responsabilidad de las entidades depositarias de las cantidades entregadas de modo anticipado por el adquirente de la vivienda.

c) Asimismo, aunque no se precisa como una condición u obligación directa en el apartado uno de la disposición adicional primera, puede considerarse como

tal también el deber señalado en su apartado tercero de dejar constancia expresa en el contrato de adquisición en el que se pacten esas entregas de cantidades anticipadas de los siguientes aspectos¹⁰:

i) De esa obligación de garantía por parte del promotor de las cantidades anticipadas, impuestos e intereses legales en caso de que «la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda».

ii) Referencia al contrato de seguro o aval bancario en que se instrumenta esa garantía, indicando además la entidad aseguradora o avalista.

iii) Indicación de la entidad de crédito y cuenta en la que se deben entregar las cantidades anticipadas acordadas.

d) Una última obligación sería la de entregar al adquirente, en el momento de otorgar el contrato de compraventa, el documento que acredite la garantía de seguro o aval suscrita «referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio».

3. EL SEGURO DE CAUCIÓN

El seguro de caución o seguro de garantía ante el eventual incumplimiento de las obligaciones de una determinada persona es uno de los posibles instrumentos a través de los que el promotor puede articular esa obligación de garantía que le impone la LOE (como también lo hacía la Ley 57/1968).

En la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (en adelante, LCS), en su artículo 68 se alude al seguro de caución de la siguiente forma: «Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro».

La LOE exige que se suscriba una póliza de seguro individual por cada adquirente, identificando el concreto inmueble cuya adquisición justifica la entrega anticipada de ciertas cantidades al promotor. Con anterioridad a 2016, con la Ley 57/1968 y también con la LOE antes de la nueva y actual redacción de la disposición adicional primera establecida por la Ley 20/2015, no se ponía traba a la contratación de pólizas colectivas para toda la promoción de las viviendas. Sin embargo, ahora sí se exige esa individualización.

Lógicamente ante esa individualización en el seguro, la suma garantizada también será individual atendiendo a cada contrato celebrado (de compraventa, adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente), incluyendo la totalidad de las cantidades anticipadas y los impuestos aplicables, incrementando esa suma con el interés legal de dinero aplicado desde la entrega de esos anticipos hasta la fecha que se prevé como entrega de la vivienda por el promotor.

Acerca del importe cubierto por el seguro, se ha declarado por el Tribunal Supremo que comprende todas las cantidades entregadas a cuenta del precio, aunque la póliza de seguro establezca una cantidad máxima inferior, porque en

otro caso se infringirían el artículo 2 de la Ley 57/68 y el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro (SSTS de 3 de julio de 2013 y de 20 de enero de 2015).

Como todo seguro de caución, el deudor de la obligación garantizada es el tomador del seguro: en este caso sería el promotor de la vivienda en construcción. Él sería quien debe abonar la prima por todo el periodo de vigencia del seguro, que será «hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente». La duración del seguro no podrá ser inferior al periodo fijado en el contrato y comprometido como de construcción y entrega de la vivienda; si se concediera una prórroga para esa entrega de la vivienda, el promotor «podrá» prorrogar el seguro abonando la prima correspondiente, debiendo informar al asegurado (el adquirente) de esa prórroga del seguro. La LOE se refiere a esta situación como una posibilidad de prórroga del contrato de seguro, pero lo cierto es que debería contemplarse como una obligación del promotor; o si no, con la advertencia de que, ante la prórroga del plazo de entrega de la vivienda, si no prorroga el seguro deberá suscribir otra garantía que cubra la obligación de devolver esas cantidades anticipadas entregadas por el adquirente; de lo contrario decaería esa finalidad de protección del comprador o adquirente buscada con esta normativa (véase apartado *ut infra* sobre la prórroga del plazo de construcción y de la garantía).

Por su parte, el asegurado y beneficiario será el acreedor de esa obligación: en este caso, el adquirente de la vivienda que ha entregado las cantidades anticipadas acordadas y que tendrá derecho a que se le devuelvan si el contrato no llega a buen fin (es decir, si no se le entrega la vivienda en el plazo acordado).

4. EL AVAL

El aval es otro de los instrumentos a través del cual se puede articular la garantía exigida al promotor con respecto a las cantidades anticipadas por el adquirente de la vivienda en construcción.

Por su naturaleza y finalidad se concibe bajo la forma de un aval bancario¹¹ y para su validez como garantía se exige que se emita y se mantenga en vigor por la cuantía total de las cantidades anticipadas, incluidos impuestos, y más el interés legal del dinero desde que se abonaron hasta la fecha prevista de entrega de la vivienda por el promotor (disposición adicional primera, apartado Dos.2.a), LOE), en este caso, sin previsión alguna sobre su eventual prórroga.

Por otro lado, se prevé expresamente su caducidad en el plazo de dos años, tal y como se analizará *ut infra* en otro apartado de este trabajo.

5. LA CUENTA ESPECIAL BANCARIA

Para una mayor y mejor protección de los adquirentes de las viviendas en construcción se prevé asimismo que las cantidades que entreguen con motivo de esa adquisición no se confundan con cantidades pertenecientes al promotor por otra causa, construcción o patrimonio personal: para ello deberán entregarse y depositarse en una cuenta especial en una entidad de crédito, y el promotor solo podrá disponer de las cantidades en esa cuenta depositadas para cuestiones y asuntos relacionadas con la construcción que justificó su entrega.

Para poder abrir esa cuenta especial la entidad de crédito «bajo su responsabilidad» exigirá al promotor la suscripción de ese aval o seguro de caución al que antes me he referido. Precisamente esa referencia a «bajo su responsabilidad» ha sido el fundamento en el que se ha basado el Tribunal Supremo desde su Sentencia de 21 de diciembre de 2015, como se analizará en un apartado posterior de este trabajo (a cuya lectura remito), para condenar a la entidad bancaria depositaria de esas cantidades anticipadas a devolverlas al comprador ante el incumplimiento del promotor.

En relación con esta cuenta especial y el depósito de cantidades en ella, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de enero de 2015 advirtió que la obligación de depositar las cantidades en cuenta especial separada la impone la Ley exclusivamente al promotor vendedor, nunca al comprador, sentando la siguiente doctrina jurisprudencial:

«1. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 57/1968, es obligación exclusiva del promotor-vendedor ingresar las cantidades anticipadas por los compradores en la cuenta especial, que el referido promotor debe abrir.

2. La irrenunciabilidad de los derechos por el comprador que establece el artículo 7 de la Ley 57/1968, impide que en el contrato que asegure o avale las cantidades anticipadas, se pueda imponer al comprador la obligación de depositar las cantidades en la cuenta especial. Es decir, no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial»¹².

Por su parte, la STS de 28 de mayo de 2019 declaró que «si existe garantía (aval o seguro), esta sala viene reiterando que los anticipos ingresados por el comprador se encuentran garantizados por el asegurador o avalista aunque no se ingresen en la cuenta especial sino en otra diferente del promotor».

III. CANCELACIÓN Y CADUCIDAD DE LA GARANTÍA

Tal y como se advierte en la LOE (disposición adicional primera, apartado quinto), la garantía suscrita por el promotor, sea como aval o como seguro de caución, se cancelará una vez se expida «la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculden para la ocupación de la vivienda por el órgano administrativo competente», acreditándose asimismo por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, o incluso, cuando, cumplidas las condiciones anteriores, el adquirente rehusase recibir la vivienda (se entiende, que rehusase de modo injustificado¹³).

Esa cancelación es una consecuencia lógica en cuanto que, entregada la vivienda con plena disposición para su ocupación, o intentada dicha entrega y rechazando *de mora accipiendi* o rechazo expreso de esa recepción el adquirente, de modo injustificado, decae el fundamento de esas garantías: ya no es preciso asegurar la devolución de las cantidades anticipadas para el caso de incumplimiento del promotor pues este ya ha cumplido con su obligación de ejecutar y entregar o poner a disposición del adquirente la vivienda adquirida.

Por otro lado, como situación especial de cese de la garantía, pero que no es cancelación como tal sino que se trata de una caducidad, cabe advertir que, en el caso del aval bancario, según la LOE en su redacción vigente a partir del 1 de enero de 2016, este caducará si ante el incumplimiento del promotor «de la obligación garantizada» el adquirente no efectuase en el plazo (de caducidad) de

dos años desde tal incumplimiento ningún requerimiento al promotor exigiendo la rescisión (*sic*) del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas (disposición adicional primera, apartado Dos.2.c), LOE).

Sobre esta previsión de la LOE en su redacción actual hay un error del legislador que genera confusión. Parece que el legislador querría establecer como día inicial de ese cómputo de dos años el incumplimiento del promotor en la entrega de la vivienda (obligación a la que alude en el apartado Dos.2.b) de esa disposición adicional primera de la LOE), de modo que, si en dos años no insta la resolución del contrato y exige la devolución de las cantidades anticipadas al promotor; entonces caducará el aval. Ahora bien, literalmente lo que señala es que comienzan esos dos años a contar desde el incumplimiento de la obligación garantizada por el aval; y debe tenerse en cuenta que esa obligación garantizada no es la entrega de la vivienda sino la devolución de las cantidades anticipadas por no entregar la vivienda; con lo que atendiendo a esa literalidad, el plazo de caducidad solo podría iniciarse cuando, ante la falta de entrega de la vivienda, el adquirente resuelve el contrato (se trata realmente de una resolución por incumplimiento y no de una rescisión contractual como dice la norma) y exige la devolución de las cantidades, sin que el promotor cumpla con ello; pero entonces ya esa referencia del apartado Dos.2.c) de la disposición adicional primera de la LOE al requerimiento al promotor no tendría sentido¹⁴. Por ello, a mi juicio, la caducidad del aval y ese plazo de dos años deberán entenderse referidos al incumplimiento por el promotor de la obligación de entrega de la vivienda y al requerimiento previo del adquirente al promotor para resolver y exigir la devolución de cantidades, tal y como se exige en el subapartado b) del apartado Dos.2 de la disposición adicional primera de la LOE, bajo una interpretación contextual de la norma.

Por otro lado, cabe advertir que realmente esa caducidad de la que se habla en esta disposición de la LOE no es de la acción de reclamación al avalista, sino del aval mismo (afectante a su vigencia y existencia) por no cumplirse un determinado presupuesto: si no se requiere al promotor en el plazo de dos años desde el incumplimiento de la obligación de entrega (tal y como, a mi juicio, según acabo de exponer, debe interpretarse este apartado Dos.2.c) de la disposición adicional primera de la LOE) el aval caducará, ya no será exigible; ahora bien, si se cumple con tal requerimiento al promotor, ya no puede hablarse de caducidad del aval. Cuestión distinta será concretar el plazo de prescripción de la acción del adquirente de la vivienda contra la entidad avalista para la devolución de las cantidades que anticipó antes o durante la construcción de la vivienda finalmente no entregada (*vid.* apartado *ut infra* de este trabajo sobre el plazo de prescripción de la reclamación del adquirente de la vivienda respecto de las cantidades entregadas al promotor anticipadamente).

IV. INCUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR

Si lógica es la cancelación de la garantía en el caso de que el promotor cumpla con lo pactado y entregue la vivienda en el plazo pactado y en plenas condiciones, igualmente lo es el que ante el incumplimiento del promotor este deba responder por ello.

A este respecto, el apartado cuatro de la disposición adicional primera de la LOE hace referencia a un incumplimiento material al advertir que si la cons-

trucción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada el adquirente podrá optar entre:

a) la rescisión (*sic*) o, más estrictamente, resolución del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta (*cfr.*, entre otras, STS de 20 de enero de 2015), incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales;

b) o conceder al promotor una prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.

1. PRÓRROGA DEL CONTRATO Y DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA: ¿PRÓRROGA DE LA GARANTÍA?

La concesión de la prórroga entraría dentro del marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad del comprador¹⁵: ante el incumplimiento del promotor tiene esas dos opciones indicadas.

Pero lo oportuno sería que junto con esa ampliación del plazo de entrega se acordara expresamente, y como condición a esa ampliación de plazo de construcción, la prórroga de la garantía suscrita (o incluso la suscripción de una nueva), para asegurar la posición del comprador ante otro eventual incumplimiento posterior del promotor que genere problemas al respecto.

La LOE no advierte de esa prórroga automática ni obligatoria de la garantía: sí que señala que el fin de la garantía que debe suscribirse por el promotor es asegurar la devolución de las cantidades para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo previsto; y advierte de que solo se cancelará la garantía cuando se entregue la vivienda. Y lo que se recoge expresamente en el apartado cuarto de la disposición adicional primera de la LOE es el supuesto de incumplimiento del promotor que justificaría la ejecución de la garantía al resolverse el contrato y exigirse la devolución de las cantidades anticipadas; pero frente a esto se acoge otra opción para el adquirente, cual es conceder la prórroga del plazo de ejecución. ¿Y esto implica automáticamente que esas garantías de aval o seguro se prorroguen? La LOE solo prevé, como se ha indicado, que su vigencia se mantenga hasta la fecha prevista de ejecución; pero el caso es que no se ha ejecutado la obra en ese plazo: si el comprador declina resolver el contrato y ejecutar la garantía ante ese incumplimiento y opta por conceder la prórroga ¿qué sucede con las garantías?

Por un lado, no se prevé su cancelación: pero tampoco la prórroga obligatoria.

Tan solo para el caso del seguro de caución hay una mínima referencia a esta situación contemplando como mera posibilidad el que el promotor, ante la concesión de prórroga del plazo de construcción por el adquirente, prorrogue el contrato de seguro pagando la correspondiente prima e informando al asegurado de dicha prórroga. Pero solo señala que el promotor «podrá» prorrogar el seguro. ¿Y si no quiere pagar esa prima nueva adicional? ¿Y si el promotor que no prorroga el seguro después incumple su nuevo plazo de construcción y deviene insolvente para afrontar la devolución de las cantidades anticipadas? En este caso el adquirente se encontrará con un grave problema.

Respecto del aval bancario, a diferencia del seguro, ni siquiera en la LOE se prevé la posibilidad de su prórroga; nada impide que voluntariamente se haga (lógicamente abonando lo que la entidad avalista exija), pero lo cierto es que

nuestro legislador se ha olvidado de esta situación en el marco de una norma que precisamente busca proteger al adquirente de los abusos, incumplimientos y malas prácticas de promotores.

Esa falta de previsión puede generar eventuales problemas al adquirente que, de buena fe, con el deseo de obtener por fin la vivienda que (mucho) tiempo atrás compró sobre plano y sobre la que ha ido abonando distintas cantidades con la ilusión de tener una vivienda en la que desarrollar su vida familiar o personal y en la que ha invertido tiempo, dinero y varios sacrificios normalmente, decide conceder al promotor algo más de tiempo para la construcción. Debiera advertirse claramente qué sucede con la garantía suscrita si decide conceder esa prórroga: al fin y al cabo, es una modificación del contrato de compra y de tales consecuencias deberá ser plenamente informado el comprador para decidir conscientemente al respecto. Si no se prorrogan las garantías, estas perderán su vigencia estrictamente prevista al constituirse y el adquirente solo podrá exigir responsabilidad al promotor si vuelve a incumplir con su obligación de entrega, y en su caso, a juicio del Tribunal Supremo, también a la entidad bancaria depositaria de las cantidades, considerada por nuestro Alto Tribunal como responsable solidario ante la falta de garantía suscrita (véase apartado *ut infra* relativo a la responsabilidad de esta entidad depositaria).

Por otro lado, los garantes (aseguradora y avalista) también deberían conocer de esa prórroga si es que se pretende a su vez la prórroga de la garantía: al menos deberán prestar su consentimiento y poder exigir el pago de una prima o una compensación por la ampliación del aval. Al fin y al cabo, esa voluntad unilateral del adquirente concediendo la prórroga del plazo de construcción y entrega de la vivienda supone una agravación de la obligación del garante, que no puede serle impuesta sin su consentimiento. A este respecto, cabe recordar que en el marco de la regulación de la fianza el artículo 1851 del Código civil advierte que si la prórroga concedida al deudor no cuenta con el consentimiento del fiador, la fianza se extingue; esto es así en cuanto que se entiende que por esa prórroga la obligación del fiador se vuelve más gravosa (con respecto al seguro, *cf.* arts. 11 y 12 LCS).

Bajo una interpretación teleológica de la disposición adicional primera de la LOE cabría considerar que debe entenderse prorrogada la garantía suscrita y mantenerse así «hasta la (nueva) fecha prevista de entrega». Pero en atención conjunta a lo previsto en la disposición adicional primera parece que el legislador ha sido consciente al no prever la prórroga automática o vigencia de la garantía por la prórroga del plazo de construcción, y ello con base en: a) la previsión expresa de la prórroga del seguro como mera posibilidad; b) la falta de previsión alguna en relación con el aval; c) y la indicación de las dos opciones contrapuestas que tiene el adquirente ante el incumplimiento del promotor previendo en la primera, la resolución del contrato (y devolución de cantidades en tal caso, con eventual ejecución de la garantía), y en la segunda, la prórroga del plazo de construcción y entrega de la vivienda, sin mención alguna a cómo afecta a las cantidades anticipadas y a su garantía, pese a que poco antes sí se acordó de mencionarlas. Además, está el hecho ya indicado de que no puede imponerse esa prórroga a los garantes sin su consentimiento.

Así pues, la solución a esta situación se daría si la aseguradora o avalista consienten la prórroga. Y si no, debería exigirse al promotor la constitución de una nueva garantía pues permanece intacta su obligación recogida en el apartado uno de la disposición adicional primera de la LOE de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas entregadas por el adquirente¹⁶.

2. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: EL RETRASO DEL PROMOTOR

La disposición adicional primera de la LOE, en su apartado cuarto, se refiere al incumplimiento del promotor expresamente bajo un criterio de incumplimiento material pues alude como causa a la falta de inicio de la construcción o a la falta de entrega de la vivienda.

En primer lugar, como premisa principal para esta cuestión debe precisarse que en el contrato debe fijarse un plazo de ejecución de la obra, indicando de algún modo un momento inicial y otro final de entrega de la vivienda: sea con términos fijos de días concretos o, como suele ser habitual, con referencia a un hecho (por ejemplo, obtención de la licencia de edificación) y posterior plazo en meses de duración de la ejecución de la construcción y posterior entrega.

Con inicio de la obra cabría atender al desarrollo de algún tipo de actividad constructiva específicamente referida a la edificación. No bastaría con la obtención de la licencia de edificación ni con trabajos preparatorios del suelo, sino que debería atenderse a una actuación de efectivo comienzo de la construcción que se va a adquirir y fundamentó el pago de las cantidades anticipadas¹⁷. Pero ¿desde qué momento habría incumplimiento por falta de inicio de la construcción? ¿Un simple retraso en el inicio previsto bastaría? Del tenor literal de la disposición adicional primera de la LOE no parece deducirse esto: podría decirse que si se fijó un término de inicio y este se incumple ya el comprador podrá pedir la resolución del contrato; aunque la buena fe contractual llevaría a entender que un simple retraso en el inicio no sería suficiente; esto podría amparar resoluciones basadas simplemente en un desistimiento del comprador motivado por cambio de sus circunstancias económicas e imposibilidad de hacer frente al pago posterior. Por supuesto que si en el momento de cumplirse el plazo de entrega no se han iniciado las obras el incumplimiento del promotor es manifiesto, relevante y grave; pero también cabe entender que hay un incumplimiento cuando no se ha iniciado la obra y ha pasado un tiempo suficiente como para entender que por el tiempo fijado como previsto para la ejecución de la obra, esta ya previsiblemente, se va a retrasar e incumplir el plazo de entrega acordado.

También en cuanto al incumplimiento de la entrega de la vivienda en el plazo previsto se han planteado qué condiciones deben existir para poder exigir la resolución y la devolución de las cantidades anticipadas.

En primer lugar, cabe afirmar que no se debe atender únicamente a una falta de entrega material, sino también a la concurrencia o no de los requisitos o condiciones jurídicas oportunas para esa entrega. Es decir, para que se entienda cumplida la obligación de entregar la vivienda en el plazo previsto, esa entrega no solo debe cumplir con las condiciones físicas materiales de que la vivienda esté efectivamente ejecutada, con toda su estructura y condiciones interiores previstas; será necesario que se cumplan los requisitos legales esenciales para que el adquirente efectivamente pueda usar, ocupar y habitar esa vivienda; y tales requisitos legales serán como mínimo la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación. Entre otras, la STS de 11 de marzo de 2013 señaló: «El cumplimiento de la obligación de entrega por el promotor-vendedor no puede entenderse limitado a que la vivienda lo sea en un sentido puramente físico, con paredes, techo, suelo y posibilidad material de tener unos suministros básicos, sino que debe comprender también que la vivienda lo sea en su aspecto jurídico, permitiendo que los suministros se contraten de forma regular y que el comprador pueda ejercer libremente su derecho a disponer de la vivienda alquilándola o vendiéndola sin obstáculos legales ajenos a su esfera de influencia y que, en

cambio, el promotor-vendedor sí debe despejar adecuadamente como responsable de que la edificación se ajuste a las normas urbanísticas»¹⁸.

A este respecto, en aplicación de esta doctrina, el Tribunal Supremo viene atribuyendo efectos resolutorios del contrato de compraventa a la falta de entrega por el vendedor de la licencia de primera ocupación cuando la ausencia responde a la presumible contravención de la legalidad urbanística, pues sería privar al comprador del derecho a disfrutar de la cosa, en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza. Supone un incumplimiento esencial del vendedor «en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible la contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente». A este respecto, la STS de 12 de septiembre de 2016 advirtió que la existencia de vicios urbanísticos que afectasen a la licencia de primera ocupación, ocultados por el promotor, determinaba la admisión de la resolución contractual y la exigencia de la devolución de las cantidades anticipadas; y sienta esta doctrina: «las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de viviendas que regula la ley 57/1968 y disposición adicional primera de la LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compra-venta no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística»¹⁹.

Incluso se ha ido más allá en nuestra jurisprudencia y, posteriormente, en la STS de 7 de mayo de 2019 se admite la resolución contractual y la devolución de las cantidades anticipadas, con responsabilidad de la entidad avalista, aun estando la construcción finalizada, cuando el promotor no hubiera cancelado antes de otorgar la escritura pública de compra las cargas hipotecarias pendientes que gravaba el inmueble por importe superior al precio pendiente de pagar. Se trataba de un supuesto en el que los inmuebles estaban gravados con una hipoteca pero se acordó que si los compradores no se subrogaban en los préstamos hipotecarios vigentes adeudados por el promotor este finalmente debía asumir los costes de la cancelación; sin embargo no se hizo así, y el Tribunal Supremo, considerando que tal condición de los compradores era esencial y determinante en el momento de la firma del contrato de compraventa (pues en ningún momento aceptaron que las cargas hipotecarias subsistieran al otorgar la escritura pública de compraventa) y no se cumplió por el promotor, existía un incumplimiento que justificaba la resolución del contrato, pese a haberse obtenido ya licencia de primera ocupación, pues realmente la entrega de la vivienda no cumplía con las condiciones jurídicas pactadas de entrega libre de cargas; y junto con la responsabilidad del promotor, también (y revocando en este punto la sentencia de apelación) condenó al banco avalista²⁰.

Pero donde más dudas y controversia han surgido respecto a la responsabilidad del promotor (y, por ende, de los garantes) es en los casos de retraso en la entrega: ¿debe tratarse de un retraso grave y relevante? ¿o el mero retraso simple bastaría para que el comprador pudiera resolver el contrato y exigir la devolución de las cantidades anticipadas, incluidos impuestos, y más intereses legales?²¹. El Tribunal Supremo ha ido marcando la doctrina aplicable, con distintos criterios, «enfrentándose» también a la posible situación de que la resolución del contrato venga motivada por una acción «oportunistica» del adquirente ante la crisis económica existente en ese momento aprovechando el simple retraso, incluso no achacable al promotor pues se debía a trámites administrativos, para

desvincularse del contrato que ya no quería y recuperar además las cantidades anticipadas (*cfr.*, entre otras, las STS de 17 de enero de 2013, de 30 de abril de 2015, de 30 de diciembre de 2015, de 20 de mayo de 2016 y de 7 de mayo de 2019)²².

A este respecto, el Tribunal Supremo ha advertido que, si en el contrato de compra se incluye el plazo de ejecución y entrega bajo la configuración de una condición resolutoria pactada expresamente, no cabe hablar entonces ya de si un mero retraso sería o no determinante de la resolución del contrato, pues ya las propias partes le han dado en el contrato ese efecto al incumplimiento del plazo (STS de 30 de diciembre de 2015).

La STS de 1 de abril de 2014, sentando jurisprudencia en materia de resolución por retraso en la entrega de la vivienda o terminación de obras en atención al artículo 1124 del Código civil y la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes, señaló que: «Por lo que respecta a los efectos resolutorios del incumplimiento del plazo de entrega, la jurisprudencia más reciente (por ejemplo, SSTS de 14 de junio de 2011, Rc. 369/2008, 21 de marzo 2012, Rc. 931/2009, y 25 de octubre de 2013, Rc. 1666/2010) viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (art. 1124 CC) en el sentido de que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no supone una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte [...], encontrándose sin duda entre las lógicas expectativas del comprador el recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubieran estipulado y en condiciones para ser usada conforme su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor (art. 1461 CC, en relación con el art. 1445 CC)».

En esta línea se viene afirmando por el Tribunal Supremo que el mero retraso en el pago o en la entrega de la cosa no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos al incumplimiento (entre otras, STS de 10 de septiembre de 2012). El retraso en el cumplimiento del contrato puede dar lugar a la constitución en mora, con los efectos que ello supone, pero no necesariamente a la resolución (STS de 12 de abril de 2011). También se ha atendido por los tribunales al carácter esencial del incumplimiento; que sea de tal entidad, grave y esencial, como para que con él se frustre el fin del contrato o la finalidad económica del mismo; si bien ello determina la necesidad de examinar el valor del plazo en el contrato y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato (*cfr.* entre otras, SSTS de 17 de diciembre de 2008, de 25 de junio de 2009, de 12 de abril de 2011, de 28 de junio de 2012 y de 17 de enero de 2014).

Ahora bien, con respecto a las situaciones derivadas de la compra de viviendas en construcción y entrega de cantidades de modo anticipado, el legislador tanto en la Ley 57/1968 como en la LOE, prevén la posibilidad de una resolución con el mero retraso, sin necesidad de calificarlo como esencial. Y así lo ha interpretado también el Tribunal Supremo, expresamente en relación con lo previsto en la Ley 57/1968 y la falta de cumplimiento del plazo de construcción y entrega. La STS de 20 de enero de 2015 advierte de que la interpretación debe ser más estricta que con respecto al artículo 1124 del Código civil y debe considerarse que «el artículo 3 de la Ley 57/68 introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento

del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/68 no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del artículo 1124 del Código civil, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante». Advierte también esta sentencia, con remisión a la STS de 5 de mayo de 2014 que el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica la resolución del contrato a instancia del comprador; «siempre que, el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega». Pese a esta doctrina, también advierte el Tribunal Supremo que ello «no excluye que la “rescisión” o resolución del contrato pueda denegarse, conforme a los principios generales, por mala fe o abuso de derecho del comprador»²³ (*vid.*, entre otras, las SSTS de 20 de enero de 2015 y de 7 de mayo de 2019).

V. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA Y DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS

Ante el incumplimiento del promotor y la decisión del adquirente de resolver el contrato, la consecuencia más habitual e inmediata es la exigencia de devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por el comprador.

El primer y principal obligado es el promotor: él es quien debe hacer frente a esa devolución de cantidades anticipadas. Y de ahí que la disposición adicional primera de la LOE, en su redacción actual vigente desde el 1 de enero de 2016, advierte que para la ejecución de las garantías y que estas se hagan realmente efectivas previamente debe mediar un requerimiento fehaciente del adquirente al promotor exigiendo la devolución de esas cantidades anticipadas. Solo si no fuera posible esa reclamación previa al promotor, podrá reclamarse directamente a la aseguradora o al avalista (por ejemplo, cuando es evidente el estado de insolvencia del promotor al haber sido declarado en concurso de acreedores).

Es habitual que, ante el incumplimiento del promotor; tras, en su caso, ese requerimiento previo efectuado por el adquirente se proceda a la ejecución de la garantía del seguro o del aval. De hecho, lo más frecuente es que en la reclamación judicial la demanda se dirija tanto contra el promotor como contra el garante avalista o asegurador.

Pero, cabe advertir que esa exigencia de requerimiento previo al promotor no se prevea en la Ley 57/1968 ni en la redacción de la disposición adicional primera de la LOE anterior a 2016 y la reforma operada por la Ley 20/2015.

A continuación se analizará el régimen de ejecución y responsabilidad del garante en ambas situaciones reguladas por la LOE: el seguro de caución y el aval.

1. EJECUCIÓN DEL SEGURO Y RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA

Partiendo del presupuesto común y general ya indicado de que la responsabilidad y obligación de devolución de cantidades anticipadas surge cuando la construcción no se inicie o no llega a buen fin en el plazo acordado con el

promotor, el apartado segundo de la disposición adicional primera de la LOE permite al asegurado (adquirente de la vivienda no construida o cuya construcción no llegó a buen fin) reclamar a la aseguradora esas cantidades anticipadas, incluidos impuestos, y más los intereses legales.

Para que tal reclamación a la aseguradora sea eficaz, según advierte la LOE en la redacción actual de su disposición adicional primera, previamente el asegurado deberá haber requerido fehacientemente del pago de esas cantidades al promotor y si este en el plazo de treinta días no realiza el abono correspondiente, entonces podrá reclamarse a la aseguradora. Podrá, no obstante, reclamarse directamente a la aseguradora cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor²⁴.

Efectuada la reclamación, la aseguradora deberá indemnizar al asegurado en el plazo de treinta días a contar desde que formule la reclamación en todas las cantidades que se acredite fueron aportadas y anticipadas por el asegurado (no se tendrá en cuenta ni abonará, por tanto, automáticamente la totalidad de la suma asegurada), no pudiendo oponer al asegurado las excepciones que pudieran corresponderle contra el tomador del seguro. En concreto, la falta de pago de la prima por el promotor no será, en ningún caso, excepción oponible por la aseguradora frente al asegurado.

Habiendo atendido la reclamación del asegurado y abonada la indemnización correspondiente (incluyendo las cantidades entregadas anticipadamente, impuestos e intereses legales), la aseguradora podrá repetir ese pago contra el promotor (tomador del seguro), subrogándose a tal efecto en los derechos del asegurado. A tales efectos, debe tenerse en cuenta que el promotor no podrá, en su caso, enajenar la vivienda construida pero no entregada a tiempo (presupuesto de la reclamación del asegurado) sin haber atendido previamente a la reclamación de la aseguradora por vía de repetición y haber resarcido a esta del pago hecho al asegurado.

2. EJECUCIÓN DEL AVAL Y RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD AVALISTA

Al igual que sucede en el caso del seguro de caución, esta garantía podrá ejecutarse en el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido. Pero también aquí se exige que previamente el adquirente beneficiario del aval hubiera requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, y sus intereses, y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución; tras ese requerimiento y pasados esos treinta días sin que hubiera cobrado lo debido por el promotor, entonces el adquirente podrá dirigirse contra la entidad avalista para que le abone tales cantidades (disposición adicional primera, apartado Dos.2 de la LOE). Ahora bien, se prescinde de esa exigencia de requerimiento previo (como también sucedía en el caso del seguro de caución) pudiendo el beneficiario reclamar directamente al avalista, cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor²⁵.

Por otro lado, debe hacerse también mención, como se adelantó en un anterior apartado de este trabajo, al hecho de que la LOE, en su redacción actual, en vigor desde el 1 de enero de 2016, contempla expresamente la caducidad del aval en el plazo de dos años «a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas».

Como ya señalé *ut supra* al hablar de la caducidad de la garantía (que solo viene referida expresamente al aval), la redacción de este apartado Doc.2.c) de la disposición adicional primera de la LOE es confusa: se señala como *dies a quo* del plazo de caducidad del aval el incumplimiento por el promotor de la «obligación garantizada», deduciéndose del conjunto de esa previsión normativa (especialmente, por el subapartado b), anterior a este que se analiza) que el legislador quería referirse al incumplimiento de la obligación de construcción y entrega de la vivienda, no habiendo sido requerido el promotor para la devolución de las cantidades anticipadas en el plazo de dos años desde ese incumplimiento. Sin embargo, literalmente habla del incumplimiento de la «obligación garantizada» con el aval, y esa obligación no es otra que la de devolución de las cantidades anticipadas; el aval garantiza y protege al adquirente para el caso de que el promotor no le devuelva voluntariamente esas cantidades anticipadas; y para que se ejecute el aval y pueda dirigirse contra el avalista el beneficiario primero debe resolver el contrato y requerir al promotor el pago de esas cantidades, y si incumple esa obligación garantizada de devolución de cantidades entonces es cuando debería empezar el plazo de caducidad; pero si esto se considera así, la alusión al requerimiento del beneficiario prevista en este apartado Dos.2.c) de la disposición adicional primera de la LOE no tendría sentido. Por ello, a mi juicio, como ya indiqué anteriormente, la caducidad del aval y ese plazo de dos años deberán entenderse referidos al incumplimiento por el promotor de la obligación de entrega de la vivienda y al requerimiento previo del adquirente al promotor para resolver y exigir la devolución de cantidades, tal y como se exige en el subapartado b) del apartado Dos.2 de la disposición adicional primera de la LOE, bajo una interpretación contextual de la norma.

Por otro lado, cabe tener en cuenta que realmente esa caducidad de la que se habla en esta disposición de la LOE no es de la acción de reclamación al avalista, sino del aval mismo por no cumplirse un determinado presupuesto: si no se requiere al promotor en el plazo de dos años desde el incumplimiento de la obligación de entrega (tal y como, a mi juicio, debe interpretarse este apartado Dos.2.c) de la disposición adicional primera de la LOE, y se señaló *ut supra*) el aval caducará, ya no será exigible; ahora bien, si se cumple con tal requerimiento al promotor, ya no puede hablarse de caducidad del aval. Cuestión distinta será concretar el plazo de prescripción de la acción del adquirente de la vivienda contra la entidad avalista para la devolución de las cantidades que anticipó antes o durante la construcción de la vivienda finalmente no entregada (*vid.* apartado *ut infra* de este trabajo sobre el plazo de prescripción de la reclamación del adquirente de la vivienda respecto de las cantidades entregadas al promotor anticipadamente).

3. PÓLIZAS COLECTIVAS DE SEGURO O AVAL

Por lo que se refiere a las pólizas colectivas de seguro o aval, en particular cuando la entidad avalista o aseguradora no llega a emitir certificados individuales a favor de los compradores de las viviendas, es doctrina jurisprudencial que la omisión del certificado individual a favor de cada uno de los compradores no elimina la responsabilidad de la entidad aseguradora o avalista, conjunta con la del promotor, de garantizar la eventual devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores en caso de incumplimiento del promotor; responsabilidad exigible incluso aunque a los compradores no se les hubiera entregado

en su momento una copia de la póliza colectiva: a este respecto *vid.* entre otras, SSTS de 23 de septiembre de 2015²⁶, de 22 de abril de 2016, de 24 de octubre de 2016, de 21 de diciembre de 2016, de 14 de septiembre de 2017 y de 8 de enero de 2020).

Además, según advierte la STS de 23 de septiembre de 2015: «la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva».

4. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN A LA ASEGURADORA Y A LA ENTIDAD AVALISTA

¿Pero qué plazo de prescripción tiene la acción de reclamación a la aseguradora o al avalista? Con anterioridad a la LOE en su redacción dada por la Ley 20/2015 (en vigor desde el 1 de enero de 2016) no se preveía nada concreto en relación con la prescripción o caducidad de la acción: ni en la Ley 57/1968 (en vigor hasta el 1 de enero de 2016) ni en la LOE anterior a 2016 se recogían referencias expresas a ello ni remisión a otra normativa.

El Tribunal Supremo, por su parte, en relación con estas acciones derivadas y fundadas en lo previsto en la Ley 57/1968, incluso hasta fechas recientes (pues los asuntos litigiosos seguían basándose en esa norma hoy derogada) dictó algunos pronunciamientos dispares: así, la STS de 15 de julio de 2006 consideró aplicable el plazo de dos años de prescripción, con base en lo previsto en el artículo 23 LCS para los seguros de daños; pero, anteriormente, en la STS de 17 de enero de 2003 consideró aplicable el plazo general del artículo 1964 del Código civil (quince años²⁷) y no el del artículo 23 LCS, «por ser el asegurado un simple beneficiario del seguro concertado entre el vendedor y el asegurador y, por tanto, “exento de obligaciones”»; pero en las SSTS de 21 de septiembre de 2016 y de 20 de septiembre de 2018 consideró aplicable el artículo 23 LCS y el plazo de dos años.

Y ya más reciente, aunque centrándose también en las acciones fundadas en la Ley 57/1968, la STS de 5 de junio de 2019 determina que el plazo de prescripción de la acción de reclamación contra la aseguradora debe ser el previsto en el artículo 1964 del Código civil, pues si para el caso del aval se entendía también aplicable el plazo del artículo 1964 del Código civil, no podía considerarse de peor condición al adquirente para el que la devolución de las cantidades que anticipó se hubiera garantizado con seguro que al adquirente «avalado»²⁸. En la misma línea, ya antes también las SSTS de 16 de enero de 2015 y de 23 de noviembre de 2017 determinaron igualmente que debía atenderse al plazo de prescripción general indicado en el artículo 1964 del Código civil para exigir la responsabilidad de la entidad bancaria depositaria de los anticipos que no hubiera exigido la apertura de cuenta especial ni la garantía en forma de aval o seguro.

Ahora bien, esta doctrina es aplicable según expresamente indica el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de junio de 2019 cuando se trata de asuntos que se desarrollaron bajo el régimen de la Ley 57/1968 y acciones fundadas en esa Ley.

Pero de aplicarse la disposición adicional primera de la LOE en su redacción vigente a partir del 1 de enero de 2016, ¿debe entenderse que el plazo de prescripción serían dos años para el caso de la reclamación a la aseguradora

por aplicación del artículo 23 LCS o sería el plazo general del artículo 1964 del Código civil?

Si se atiende a lo indicado en el apartado Dos.1.l) de la LOE, en todo lo no específicamente dispuesto en esta Ley será de aplicación la Ley 50/1980, de contrato de seguro (LCS)²⁹. En la LOE vigente nada se indica sobre el plazo de prescripción de la acción del asegurado; de modo que, si se atiende a la LCS, esta en su artículo 23 señala un plazo de dos años de prescripción para el caso de seguro de daños, como es el supuesto que ahora nos ocupa. Un plazo que, atendiendo a la doctrina del Tribunal Supremo de no hacer de peor condición al adquirente asegurado que al avalado, viene a coincidir con el plazo de dos años de caducidad del aval también previsto actualmente en la LOE (y que antes de 2016 tampoco se preveía); ahora bien, como ya advertí *ut supra*, esa caducidad prevista en la LOE no es de la acción de reclamación al avalista, sino del aval mismo (de su existencia y vigencia) por no cumplirse un determinado presupuesto (requerimiento al promotor en el plazo de dos años desde el incumplimiento de la obligación de entrega, tal y como debe interpretarse la norma y se señaló *ut supra*); el plazo de ejercicio de la acción de reclamación contra el banco no aparece recogido en la LOE ni en norma concreta, de modo que cabe afirmar que se atendería al plazo general del artículo 1964 del Código civil; y si es así, entonces el adquirente que se beneficia de la garantía del seguro de caución, atendiendo al plazo de dos años del artículo 23 LCS, se vería en peor condición que el adquirente cuyas cantidades anticipadas se ven garantizadas con un aval.

A este respecto, cabe interpretar que la acción de reclamación a la aseguradora realmente no surge con base en la LCS ni en el contrato de seguro mismo, sino que surge de la LOE, lo mismo que antes surgía de la Ley 57/1968 (durante la vigencia de esta cuando ya estaba aprobada la LCS y por tanto era aplicable, pese a los pronunciamientos dispares, como se ha indicado, lo cierto es que finalmente la doctrina del Tribunal Supremo determinó que no se aplicaba la LCS vigente por entonces, sino el plazo general del art. 1964 CC): esto serviría de base para considerar que no habría que atender a la LCS para determinar el plazo de prescripción de la acción de reclamación a la compañía aseguradora por la devolución de las cantidades anticipadas, sino al plazo general del artículo 1964 del Código civil. Lo mismo que para el caso de la entidad avalista. Y también mismo plazo que el de la acción para reclamar a la entidad depositaria de las cantidades entregadas a cuenta, al incumplir el promotor la obligación de constituir garantía, como se verá a continuación, o de reclamación al propio promotor. De esta manera sí que la posición del adquirente como sujeto protegido ante el incumplimiento del promotor de su obligación de construcción y entrega a tiempo de la vivienda, por la que ya ha entregado diversas cantidades de modo anticipado, sería homogénea y uniforme ante cualquier sujeto responsable (promotor, avalista, aseguradora y entidad depositaria), sin que se viera perjudicado por una decisión unilateral del promotor como es la de constituir un seguro o un aval o incluso no constituirlo (*cf.* STS de 5 de junio de 2019).

VI. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD BANCARIA DEPOSITARIA DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS

Pero junto con la responsabilidad del promotor (que ha incumplido su obligación de construir y entregar en plazo la vivienda y, asimismo, su obligación de devolver las cantidades anticipadas con impuestos, más el interés legal) y la

responsabilidad de la aseguradora o la entidad avalista, como garante con respecto a la obligación de devolver esas cantidades anticipadas, hay otro sujeto al que se le ha venido imputando responsabilidad en esta materia: la entidad bancaria depositaria de las cantidades entregadas anticipadamente por el adquirente de la vivienda en construcción comprada sobre plano, que en el momento de aceptar esas cantidades o bien no cumplió con la exigencia de apertura de cuenta especial por el promotor para que no se confundieran las cantidades anticipadas con otros fondos, o bien, estableciéndose esa cuenta especial, la entidad no exigió al promotor que acreditara haber cumplido con la constitución de la garantía (aval o seguro) de la posible devolución de esas cantidades³⁰.

A este respecto, recuérdese que tanto la Ley 57/1968 como la vigente disposición adicional primera de la LOE advierten que para la apertura de estas cuentas o depósitos especiales la entidad de crédito «bajo su responsabilidad» exigirá la garantía de seguro de caución o aval bancario; por tanto, con base en esto es por lo que nuestros tribunales, como se expondrá a continuación, han reforzado la protección del comprador o adquirente de viviendas en construcción con otro sujeto responsable: la entidad bancaria depositaria de las cantidades anticipadas.

Mayoritariamente las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo concretando esta responsabilidad se han basado en la Ley 57/1968 pues era la aplicable al asunto litigioso, pero en este punto esta doctrina es totalmente extrapolable a la situación legal vigente con la LOE.

La STS de 16 de enero de 2015 distinguió, a efectos de la responsabilidad a que se refiere el artículo 1 de la Ley 57/1968, entre la entidad que concede al promotor el préstamo a la construcción con garantía hipotecaria y aquella otra en que se ingresan las cantidades anticipadas, que es la que debe responder frente al comprador.

La STS de 21 de diciembre de 2015 ya advirtió de la responsabilidad de las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía: serían responsables por la totalidad de las cantidades anticipadas e ingresadas en la cuenta o cuentas que tuviera abiertas el promotor en esa entidad. Y esa responsabilidad la basa sobre todo en la consideración de que esa entidad no es un tercero, sino parte activa en la relación, incumbiéndole un especial deber de vigilancia para que el promotor cumpla con sus obligaciones legales en el marco de una normativa de protección del adquirente de viviendas en construcción³¹.

Esta doctrina fue confirmada poco después por las SSTS de 9 de marzo de 2016³², de 17 de marzo de 2016, de 8 de abril de 2016 y de 24 de junio de 2016; y reiterada en numerosas resoluciones como las SSTS de 18 de julio de 2017, de 14 de noviembre de 2017, de 28 de febrero de 2018³³ y las más recientes SSTS de 21 de mayo de 2019, de 9 de julio de 2019, de 28 de noviembre de 2019 y de STS de 10 de diciembre de 2019.

La STS de 21 de mayo de 2019 advirtió que «la responsabilidad legal de la entidad de crédito como depositaria no depende de que los ingresos se hagan en una cuenta especial o en otra del promotor; sino de que, por realizarse en la misma entidad, no puedan escapar a su control». Y con remisión a las SSTS de 28 de febrero de 2018 y de 18 de julio de 2017, reiteró a este respecto lo siguiente: «[...] es el incumplimiento del deber de control sobre el promotor que la condición 2.ª del artículo 1 Ley 57/1968 impone al banco lo que determina su responsabilidad frente al comprador; de modo que, “siendo el promotor el obligado principal a devolver la totalidad de los anticipos, esta misma obligación es

la que asumen los garantes (en caso de que haya aval o seguro) y la entidad de crédito depositaria (en defecto de aquellos)”, y esto independientemente de que la cuenta en la que se ingresen tenga o no carácter especial». Y concluye que «la jurisprudencia insiste en la idea de que dicha responsabilidad legal impone la constancia de que la entidad conoció o tuvo que conocer la existencia de ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen» (en similares términos, *vid.* la STS de 9 de julio de 2019).

Ahora bien, los presupuestos de esta responsabilidad de la entidad depositaria vienen claramente delimitados: deben haberse hecho entregas de cantidades anticipadas a una cuenta del promotor y este o no ha constituido cuenta especial o no ha suscrito la garantía legal exigida o ambas cosas, sin que la entidad depositaria le exigiera esa constitución de garantía y/o se formalizase la cuenta especial separada. De modo que, a contrario, si tales presupuestos no se dan en el caso pues se abrió cuenta especial y existía garantía válidamente constituida, a la entidad de crédito depositaria de las cantidades anticipadas no se le puede exigir ninguna responsabilidad pues cumplió con todo lo que se le exigía (STS de 14 de septiembre de 2017). Además, según esta sentencia última citada, no puede responsabilizarse ni oponerse a la entidad depositaria circunstancia o efecto alguno derivado del aval o seguro que se constituyó en garantía de esas cantidades anticipadas, pues no es parte de ese contrato. En palabras de la STS de 14 de septiembre de 2017: «[...] la responsabilidad de las entidades de crédito que admitan el ingreso de cantidades anticipadas por los compradores no es una responsabilidad a todo trance a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador, sino, como establece el artículo 1-2.^a de la Ley 57/1968 y declara la jurisprudencia, una responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que les impone dicha ley».

Asimismo, si la entidad de crédito no pudo conocer que las cantidades entregadas fueran un anticipo por la adquisición de una vivienda en construcción (por no señalarse concepto de pago ni dato que permitiera asociar ese pago a un anticipo o por tratarse de pagos hechos al margen del contrato y sin posibilidad de control por la entidad) se ha venido negando su responsabilidad: entre otras, SSTs de 24 de junio de 2016, de 19 de septiembre de 2018, de 9 de julio de 2019, de 20 de noviembre de 2019 y de 27 de noviembre de 2019).

En relación con esto, según indica la STS de 9 de julio de 2019, «mientras el garante (avalista o asegurador) normalmente responde de todos los anticipos entregados por los compradores, en cambio la entidad de crédito no garante solo responde de las cantidades que se entreguen o depositen en ella». Aunque, eso sí, debe puntualizarse que «la responsabilidad del garante no es excluyente de la responsabilidad fundada en el artículo 1-2.^a de la Ley 57/1968 ya que, según las circunstancias de cada caso, el banco que admita anticipos sin cumplir lo exigido en dicha norma puede llegar a responder solidariamente con el garante por el importe de los anticipos que hubiera admitido» (SSTS de 28 de mayo de 2019 y de 10 de diciembre de 2019).

Por último, cabe señalar que, en la misma línea, ya antes indicada sobre el plazo de prescripción de la acción de reclamación del adquirente pagador de las cantidades anticipadas al promotor y a los garantes, también las SSTs de 16 de enero de 2015 y de 23 de noviembre de 2017 determinaron que igualmente debía atenderse al plazo de prescripción general indicado en el artículo 1964 del Código civil para exigir la responsabilidad de la entidad bancaria depositaria de los anticipos que no hubiera exigido la apertura de cuenta especial ni la garantía en forma de aval o seguro.

VII. CONCLUSIONES

I. La obligación del promotor de garantizar la devolución de cantidades entregadas anticipadamente es una obligación esencial, no meramente accesoria, que podrá prestarse a través de un seguro o de un aval.

II. El promotor está obligado, asimismo, a percibir a través de entidades de crédito las cantidades anticipadas entregadas por los adquirentes, las cuales se depositarán en esas entidades en una cuenta especial, separada de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor.

Para la apertura de esa cuenta especial la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la constitución por el promotor de la garantía de seguro de caución o aval bancario.

Ahora bien, los anticipos ingresados por el comprador se encuentran garantizados por el asegurador o por el avalista aunque no se ingresen en la cuenta especial sino en otra diferente del promotor.

III. Tanto el aval como el seguro cubrirán la eventual devolución de la totalidad de las cantidades anticipadas por el comprador, incluidos impuestos, más los intereses legales desde la entrega del anticipo, para el caso de que la construcción no se inicie o no se entregue la vivienda en el plazo convenido.

En tal caso, el comprador podrá: a) resolver el contrato y exigir la devolución de las cantidades anticipadas, impuestos e intereses; o b) conceder una prórroga al promotor para la ejecución de la construcción.

IV. Ante la prórroga del contrato de construcción, no se prevé la prórroga automática u obligatoria de la garantía, aunque tampoco su cancelación. La garantía por las cantidades anticipadas debería prorrogarse, pero deberá obtenerse para ello el consentimiento del garante; y de lo contrario, exigir del promotor la constitución de una nueva garantía por el tiempo de prórroga.

V. De cara al incumplimiento del promotor de su obligación de entrega de la vivienda en plazo, cabe afirmar que no se debe atender únicamente a una falta de entrega material, sino también a la concurrencia o no de los requisitos o condiciones jurídicas oportunas para esa entrega. Entre esas condiciones jurídicas resulta esencial la obtención de la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación dentro del plazo previsto de entrega de la vivienda.

En cuanto al retraso en la entrega, el Tribunal Supremo ha advertido que en este caso de compraventas sobre plano con cantidades anticipadas, ese retraso, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador.

VI. Ante el incumplimiento del promotor y la decisión del adquirente de resolver el contrato, la consecuencia habitual e inmediata es la exigencia de devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por el comprador. Al respecto, el primer y principal obligado es el promotor. Junto con él, mediando, en principio, requerimiento previo a ese promotor, será responsable también el asegurador y el avalista, bajo los presupuestos y procedimientos indicados en nuestro ordenamiento (actualmente, la LOE en su disposición adicional primera).

La entidad depositaria de las cantidades entregadas anticipadamente responderá, asimismo, por la devolución de estas en el caso de que el promotor no constituyese las garantías exigidas por la Ley o no cumpliera con su obligación de abrir una cuenta especial donde percibir las cantidades anticipadas del comprador.

VII. Aunque respecto del seguro existe cierta confusión, en un análisis e interpretación de conjunto, de contexto y atendiendo a que es un régimen espe-

cialmente tuitivo el previsto para los adquirentes de viviendas en construcción que hubieran entregado cantidades anticipadas, el plazo de prescripción de la acción para exigir la devolución de esas cantidades entregadas a cuenta es el general previsto en el artículo 1964 del Código civil.

VIII. La garantía suscrita por el promotor, sea como aval o como seguro de caución, se cancelará una vez se expida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o documento equivalente.

IX. Por su parte, el aval caducará transcurridos dos años desde el incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en plazo sin que el comprador hubiera requerido al promotor, previa resolución contractual, para la devolución de las cantidades anticipadas.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 8 de marzo de 2001.
- STS de 17 de enero de 2003.
- STS de 15 de julio de 2006.
- STS de 17 de diciembre de 2008.
- STS de 25 de junio de 2009.
- STS de 12 de abril de 2011.
- STS de 28 de junio de 2012.
- STS de 10 de septiembre de 2012.
- STS de 8 de noviembre de 2012.
- STS de 10 de noviembre de 2012.
- STS de 17 de enero de 2013.
- STS de 12 de febrero de 2013.
- STS de 11 de marzo de 2013.
- STS de 3 de julio de 2013.
- STS de 17 de enero de 2014.
- STS de 3 de marzo de 2014.
- STS de 1 de abril de 2014.
- STS de 7 de mayo de 2014.
- STS de 13 de enero de 2015.
- STS de 16 de enero de 2015.
- STS de 20 de enero de 2015.
- STS de 22 de abril de 2015.
- STS de 30 de abril de 2015.
- STS de 23 de septiembre de 2015.
- STS de 21 de diciembre de 2015.
- STS de 30 de diciembre de 2015.
- STS de 9 de marzo de 2016.
- STS de 17 de marzo de 2016.
- STS de 8 de abril de 2016.
- STS de 22 de abril de 2016.
- STS de 20 de mayo de 2016.
- STS de 24 de junio de 2016.
- STS de 12 de julio de 2016.
- STS de 12 de septiembre de 2016.
- STS de 24 de octubre de 2016.
- STS de 21 de diciembre de 2016.

- STS de 2 de febrero de 2017.
- STS de 4 de julio de 2017.
- STS de 18 de julio de 2017.
- STS de 14 de septiembre de 2017.
- STS de 14 de noviembre de 2017.
- STS de 15 de noviembre de 2017.
- STS de 23 de noviembre de 2017.
- STS de 28 de febrero de 2018.
- STS de 19 de septiembre de 2018.
- STS de 20 de septiembre de 2018.
- STS de 7 de mayo de 2019.
- STS de 21 de mayo de 2019.
- STS de 28 de mayo de 2019.
- STS de 5 de junio de 2019.
- STS de 9 de julio de 2019.
- STS de 20 de noviembre de 2019.
- STS de 27 de noviembre de 2019.
- STS de 28 de noviembre de 2019.
- STS de 10 de diciembre de 2019.
- STS de 8 de enero de 2020.

BIBLIOGRAFÍA

- ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. (2017). Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2349-2390.
- MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 1939-1985.

NOTAS

¹ Como ya se señalaba en la exposición de motivos de la Ley 57/1968, las medidas de garantía que se acogían en esta norma ya se preveían para las viviendas construidas con la protección del Estado en el Decreto de 3 de enero de 1963; ahora bien, se estimó necesario extenderlas a toda clase de viviendas, así como combinarlas con otras medidas «de carácter gubernativo y penal que sancionen adecuadamente tanto las conductas atentatorias a los más altos intereses de la comunidad como la realización de hechos que revistan caracteres de delito».

² Como desarrollo de esta Ley 57/1968 se aprobaron posteriormente: el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas; y la Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas.

³ Para las viviendas de protección oficial, como se indicó antes, ya se contemplaban las medidas de garantía oportunas en el Decreto de 3 de enero de 1963.

⁴ Si bien, esta aplicación del régimen de la Ley 57/1968 a las viviendas en régimen de cooperativas y comunidades de propietarios ya se había llevado a efecto por el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas.

⁵ Además, junto con esta disposición adicional primera habría que tener en cuenta, asimismo, la nueva disposición transitoria tercera de la LOE introducida también por la disposición final tercera (en este caso, apartado tres) de la Ley 20/2015, que acoge las previsiones concretas de transición o adaptación al régimen previsto en la nueva redacción de la disposición adicional primera de la LOE: «Las entidades aseguradoras deberán, antes del 1 de julio de 2016 y para las cantidades que se entreguen a cuenta a partir de esa fecha, adaptar las pólizas vigentes a 1 de enero de 2016 al régimen introducido por la disposición final tercera.dos de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras, por la que se modifica la disposición adicional primera “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción” de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación».

⁶ Un interesante análisis comparativo entre ambas normas puede consultarse en MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 1942 y sigs.; y en LÓPEZ SAN LUIS, R. (2017). Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2352 y sigs

⁷ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch.

⁸ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación...*, *op. cit.*, 22 y 23.

⁹ Vid. MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente..., *op. cit.*, 1951-1952.

¹⁰ De hecho, estas obligaciones de información precontractual que se prevén en la LOE van incluso más allá del contrato, llegando a establecer exigencias expresas de información en la propia publicidad de la promoción de las viviendas. Así, el apartado sexto de la disposición adicional primera de la LOE señala: «En la publicidad de la promoción de viviendas con percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el periodo de construcción, será obligatorio hacer constar que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley, haciendo mención expresa de la entidad aseguradora o avalista garante, así como de la entidad de crédito en la que figura abierta la cuenta especial en la que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas».

¹¹ Sobre su naturaleza como aval a primer requerimiento o a primera demanda *vid.* MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente..., *op. cit.*, 1957-1958, quien rechaza tal calificación o naturaleza en este caso.

¹² De modo que, como en el caso analizado en esa STS de 13 de enero de 2015, si el adquirente efectuó un ingreso en cuenta diferente a la señalada en la póliza del seguro suscrito, esa será una cuestión «a dirimir entre la aseguradora y la parte vendedora» (STS de 8 de marzo de 2001).

¹³ A este respecto, *vid.* MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente..., *op. cit.*, 1971.

¹⁴ *Cfr.* ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación*, *op. cit.*, 71-72.

¹⁵ Según MARTÍN BRICEÑO realmente nos encontramos ante una novación objetiva del contrato de carácter modificativo del plazo de ejecución acordado de la obra; no se extingue la relación contractual, pero por ello esa prórroga deberá pactarse antes de cualquier resolución contractual: *vid.* MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente..., *op. cit.*, 1968-1969.

¹⁶ En el mismo sentido, ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación*, *op. cit.*, 87 y 88. A juicio de MARTÍN BRICEÑO esa prórroga del plazo de construcción y modificación del plazo de entrega de la vivienda en principio no tiene porqué extinguir las garantías. Parte

esta autora de que la prórroga es consecuencia de una mora del promotor que no supone un incumplimiento definitivo sino un cumplimiento defectuoso aceptado por el adquirente de la vivienda. Y con respecto a la subsistencia de las garantías atiende a una interpretación y aplicación un tanto extensiva y flexible del artículo 1851 del Código civil (referido a la fianza), de acuerdo con la STS de 3 de marzo de 2014: partiendo de que el artículo 1851 del Código civil señala que «la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza», en esa sentencia se atempera esa literalidad al advertir que «la prórroga será motivo que justifica la liberación del fiador si la ampliación del plazo en el cumplimiento del contrato que garantiza le perjudica en vía de regreso. Si no es así porque el fiador sigue respondiendo del cumplimiento del contrato en los mismos términos, la alteración en el plazo no será considerada como una prórroga en este sentido. Por idénticas razones ni se extingue el aval, ni tampoco el seguro de caución ante la novación del término final del contrato. El aval se extiende al nuevo periodo, y en cuanto al seguro se deben actualizar las primas, previa comunicación a la aseguradora» [MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente, *op. cit.*, 1969-1970]. Y sobre esto último, MARTÍN BRICEÑO también argumenta que esa expresión de que el promotor «podrá» prorrogar el contrato de seguro abonando la prima correspondiente, no debe interpretarse como que «se pretenda atribuir al promotor la facultad de decidir si se prorroga o no los efectos del seguro de caución prescindiendo de la voluntad de la aseguradora» sino que «más bien se admite que se pueda prorrogar el seguro de diferentes formas, entre ellas —mediante el pago de la correspondiente prima— como acto concluyente que aquella acepta» (MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente, *op. cit.*, 1970).

¹⁷ Según ESTRUCH ESTRUCH «el inicio de la construcción de una edificación específica debe fijarse en el momento del otorgamiento del acta de replanteo o de comienzo de las obras, que tiene por finalidad comprobar sobre la realidad física del terreno la adecuación del proyecto arquitectónico elaborado para la ejecución de la futura edificación» [ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). La nueva regulación, *op. cit.*, 82].

¹⁸ Cfr. también las SSTS de 8 de noviembre de 2012, de 10 de noviembre de 2012, de 12 de febrero de 2013, de 20 de mayo de 2016 y de 7 de mayo de 2019.

¹⁹ Cfr., asimismo, las SSTS de 22 de abril de 2015 y de 9 de marzo de 2016.

²⁰ Según esta STS de 7 de mayo de 2019: «En definitiva, si el aval garantiza la devolución de los anticipos en caso de falta de terminación de la edificación dentro del plazo pactado, con mayor razón la habrá de garantizar cuando el vendedor supedita el otorgamiento de escritura pública al pago de un precio mayor que el estipulado o pretenda entregar la vivienda con cargas hipotecarias cuando se pactó libre de cargas. Por tanto, las razones de los compradores para resolver el contrato eran tan poderosas y evidentes que carecen de relevancia alguna las especulaciones de la sentencia recurrida acerca de su voluntad de desvincularse del contrato, pues nadie puede ser obligado a seguir contractualmente vinculado en condiciones más gravosas que las pactadas y, además, directamente relacionadas con el precio de las viviendas al que se aplicaban los anticipos cuya devolución garantizaba el banco codemandado».

²¹ Sobre el retraso como causa de resolución del contrato de compraventa, *cfr.*, entre otros, LÓPEZ SAN LUIS, R. (2017). Responsabilidad de los garantes..., *op. cit.*, 2360-2363.

²² Sobre el aumento de demandas de resolución contractual y reclamaciones de cantidades anticipadas en el periodo de crisis económica, a partir de 2007, cuando las viviendas que antes se habían adquirido sobre plano ya se vio que habían perdido valor, así como por las dificultades financieras que afrontaron de forma sobrevenida los compradores, *vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). La nueva regulación, *op. cit.*, 17-19, quien pone de manifiesto como «con carácter general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido muy favorable a la protección de los intereses de los compradores, sobre todo frente a la posición jurídica de las entidades aseguradoras o avalistas», 18.

²³ Al respecto de esta cuestión del retraso en el cumplimiento como causa de resolución contractual, *cfr.*, entre otros, ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). La nueva regulación, *op. cit.*, 83-86 y 88-102.

²⁴ A este respecto, no obstante, en sentencias anteriores a las nuevas previsiones de la LOE, y en aplicación y atención a lo dispuesto en la Ley 57/1968, el Tribunal Supremo

interpretó el artículo 1 de la Ley 57/68 en el sentido de que permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el vendedor y su aseguradora para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas y, también, dirigirse contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento (entre otras, SSTS de 3 de julio de 2013 y 7 de mayo de 2014).

²⁵ No obstante, cabe aludir a la doctrina indicada en anterior nota por la que el Tribunal Supremo venía admitiendo que el comprador se dirigiera simultáneamente contra el vendedor y su aseguradora para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas y, también, dirigirse contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento (entre otras, SSTS de 3 de julio de 2013 y 7 de mayo de 2014).

²⁶ Según la STS de 23 de septiembre de 2015: «[...] Por ello podemos entender en estos casos que: i) al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía; ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al artículo 3 Ley 57/1968; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva[...]».

²⁷ No es hasta el 7 de octubre de 2015 en que entró en vigor la nueva redacción del artículo 1964 del Código civil, dada por la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que se prevé que las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. Por su parte, la disposición transitoria quinta de la citada Ley 42/2015 señala: «El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código civil»; artículo 1939 del Código civil que, a su vez indica: «La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá esta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo».

²⁸ La STS de 5 de junio de 2019 en su fundamento jurídico cuarto concluye: «*Decisión de la Sala: bajo el régimen de la Ley 57/1968 el plazo de prescripción es el general del artículo 1964 del Código civil.* En trance de sentar un criterio uniforme sobre el plazo de prescripción contra la entidad aseguradora bajo el régimen de la Ley 57/1968, esta sala considera que es el general del artículo 1964 del Código civil (para el presente caso, quince años). La razón fundamental es que el artículo 1-1.ª de dicha ley prevé como garantías alternativas de la devolución de las cantidades anticipadas tanto el contrato de seguro como el aval solidario (art. 1-1.ª), y no tendría ningún sentido que el plazo de prescripción de la acción de los compradores fuese distinto —y considerablemente más corto— en el caso del seguro que en el del aval, ya que ambas formas de garantía deben ser contratadas imperativamente por el vendedor en beneficio exclusivo de los compradores y el artículo 7 de la propia Ley 57/1968 establece que los derechos de estos “tendrán el carácter de irrenunciables”».

²⁹ Esta remisión a la LCS no se previó lógicamente en la Ley 57/1968 pues la LCS es posterior; y tampoco se optó por introducir una remisión a ella cuando se dictó la LOE, en la redacción original de su disposición adicional primera que introducía ciertas modificaciones y matices a la aplicación de la Ley 57/1968.

³⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente..., *op. cit.*, 1971-1974.

³¹ Según esta STS de 21 de diciembre de 2015: «porque la “responsabilidad” que el artículo 1-2.ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición

legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de “exigir”. En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma [...] bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia. [...] precisamente porque esta [la entidad bancaria demandada] supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción, tenía la obligación legal de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada, y por no haberlo hecho incurrió en la responsabilidad específica que establece el artículo 1-2.º de la Ley 57/1968». Por ello, sentó la doctrina jurisprudencial siguiente: «En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad».

³² En la STS de 9 de marzo de 2016 se reiteró esa misma doctrina de la STS de 21 de diciembre de 2015 en un caso en el que la entidad de crédito receptora de las cantidades anticipadas en una cuenta común del promotor, no en la cuenta especial exigida por la Ley 57/1968, había avalado solamente una parte de esas cantidades y se oponía a responder de la otra por la inexistencia de cuenta especial y aval.

³³ La STS de 28 de febrero de 2018, por remisión y reiteración de lo señalado en la STS de 23 de noviembre de 2017, indicó: «La razón fundamental de esta jurisprudencia es que las entidades de crédito depositarias de cantidades provenientes de particulares compradores de viviendas en construcción no tienen el carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y promotor-vendedor, sino que deben colaborar activamente con este último a fin de asegurarse de que cumple sus obligaciones legales (de recibir los anticipos en una cuenta especial debidamente garantizada). En consecuencia, basta con que la entidad de crédito conozca o no pueda desconocer (que “supo o tuvo que saber”, según dijo literalmente dicha sentencia) que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de viviendas en construcción para que responda por no haber exigido del promotor la apertura de una cuenta especial, separada y debidamente garantizada. No entenderlo así y exonerar de responsabilidad a la entidad de crédito en los casos en que las cantidades se recibieran “en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones” privaría a los compradores de la protección que les brinda el “enérgico e imperativo” sistema de la Ley 57/1968».